No.ICP-2007-012

レイヤ間の市場支配力の拡張行為と独禁法上の評価のありかたについて[†]

－「技術的抱合せ（Technological Tying）」と商品設計行為（Product Design）に焦点をあてて　－

Assessment of enhancing market power from one layer to another: Regulation on technological tying and product design under antimonopoly law

和久井 理子[*]
Masako Wakui

情報通信分野では、事業者、とりわけ支配的事業者が、いかに商品・サービス・ネットワークを設計するかが、大きなインパクトをもつ。商品等の設計の仕方次第では、他者の事業活動が排除され、競争に悪影響が及びかねない。今後数年の間に実現されるだろう情報通信分野における大規模な融合（convergence）・統合（integration）、レイヤー間の抜本的な編成変えの過程では、支配的事業者らの仕様設計により多大な影響を受け、事業活動が困難となる事業者が少なからず見られることになるだろう。レイヤーをまたがって支配的事業者が自己の力を他のレイヤーに拡張する可能性をはらむものが多く含まれている。

本稿は、このように大きな影響を持ちうる商品設計行為が、独禁法上、いかに評価されるかを検討するものである。この問題は独禁法学においては従来から「技術的抱合せ（technological tying）」、すなわち商品・役務を一定の購入者からしか販売できないような形で一定の商品・役務を設計し、これら複数の財を事実上抱き合わせ販売する行為に対して、いかなる規制をすべきかという問題として知られてきたものである。本稿では、この種の行為がもちうる経済的効果・目的ならびに米欧日における独禁法による規制の状況を検討し、考えられる規制枠組・基準を考察する。

In the information communication industry, a dominant company's strategy in relation to product design has a significant impact on the market. The strategy occasionally brings about the exclusion of rivals and the elimination of competition. As a result of radical change and convergence in the network/service structure that is now expected in the information communication industry, there will indeed be exclusion. Some of the exclusions will have the effect of enhancing the market power of a dominant firm from one layer to another.

The article considers how competition law should assess the product design. It focuses on product design that makes consumers unable to use the products of competitors in conjunction with the designed product, or "technological tying". The article analyses the economic impact of this kind of conduct and relevant cases under the United States, European and Japanese competition laws. It discusses the possible analysis framework and standards applicable to this kind of conduct.

March 19, 2008
情報通信政策研究プログラム

† 本稿は「情報通信政策研究プログラム」の研究助成を得て行った研究の成果を総括したものである。
* 大阪市立大学准教授　wakui@law.osaka-cu.ac.jp

レイヤ間の市場支配力の拡張行為と独禁法上の評価のありかたについて：
：「技術的抱合せ（Technological Tying）」と商品設計行為（Product Design）に焦点をあてて

１．問題の所在

企業は自己の提供する商品やサービスを自由に企画・設計できるのであって、新しく商品等の提供をはじめるときであれ、仕様変更するときであれ、自由にこれを行なうことができるということは、自明の理のように思われることだろう。実際のところ、企業が自身の提供する商品・役務（以下、「商品等」という。）を自ら企画・設計する行為が独禁法に照らして違法とされた判審決例は日本には存在しない。もっとも、他方では、商品等がいかに設計されるかは、競争に対して重要な影響をもつ事柄である。情報通信事業においては、支配的事業者らがいかなる技術・仕様を採用するかによって、事業動向も競争の模様も変わってくる。いかなる技術・仕様の採用も独禁法上、許容されるのだろうか。

この問題は、米国を中心に、「技術的抱合せ（technological tying）」は独禁法に基づいて規制されるか、規制するとすればどのような基準で違法性を判断すべきかという問題として、従来から議論されてきた。「技術的抱合せ」とは、一定の商品・役務とともに利用することのできる商品・役務を一定の購入者からしか販売できないような形で、当該商品・役務を技術的に設計することをいう[1]。くわしく見れば、技術的抱合せという名前で論じられてきている行為群は、２種類の行為を含んでいる。第一が、旧来別個の商品として提供されていた複数商品を物理的に接合し、一体のものとして提供する行為である。たとえばコンピュータ中央演算装置（CPU）と記憶装置（メモリ）を一つのボックス（箱）に収めて販売する行為がこの例である。第二が、商品のインターフェイス部分を操作して、この商品とともに利用することができる商品を、自己ないしそのグループ会社に事実上、限定する行為である。いずれにしても、これら行為は、企業が自らの商品等の設計等の行為であって、他者に対する拘束や取引拒絶、強制といった要素をもたない。「技術的抱合せ」をめぐる議論は、自社商品の企画を自ら設計する行為を、独禁法上いかに評価するかを問題とするのである[2]。

---

[1] 本稿において「技術的抱合せ」という概念は、規範的に中立的な、一定の行為を指し示すための概念として用いられているのであって、この種の行為に該当すれば独禁法上違法となるべきものとして用いてはいない。「技術的抱合せ」は、法律上の概念でなく、確定した定義はない。この種の行為に該当するかどうかが、行為の合法性を決定するわけでもないために、この行為を厳密に定義することや、「技術的抱合せ」であると認められるために充たすべき要件を確定するといった試みは、一般にも、行なわれていない。ここで挙げた諸行為、あるいはこの一部を他と区別して、物理的抱合せ（physical tying）と呼ぶこともある。

[2] 連邦取引委員会・司法省反トラスト局が行なった「単独企業の行為（single firm conduct）」

商品設計行為に独禁法が介入すべきでないという結論が直ちに導かれるかもしれない。この結論を支持する理由として次のようなものがありうるだろう；商品設計行為は事業上、通常行なわれている行為である。この種の行為が競争に悪影響を与えることはまれである。影響を与える場合にも、むしろ、技術開発や品質向上のための事業活動の過程で行なわれ、新製品や新たな選択肢を顧客に与えることになり、このことを通じて多かれ少なかれ競争を活発にする効果をもつことの方が多いと考えられる。この種の行為を独禁法により規制することとすれば、ありえた技術革新が行なわれなくなるかもしれない。「技術的抱合せ」については、このように称される商品設計は、補完品市場から他者を一定程度排除する効果をもつことを含意している。もっとも、そうであるとしても、この行為が、（単に他者の事業活動を排除するというのでなく）独禁法に基づく非難の根拠となるような市場に対する悪影響をもたらすと認められるまでの効果をもつことは多くはなかろうし、いずれにしても通常の事業活動の一環として行われているのであって、不当なものとして非難されるべきものではないことが多いだろう。この点においては、技術的抱合せも、商品設計行為一般と、然程の差はないだろう。法による介入が、技術革新や品質改良活動を阻害することになるとの懸念は、技術的抱合せの規制についても同様に妥当する。

しかし、他方で、商品設計行為は、先にも述べたように、競争に大きな影響をもちうる行為である。これをおよそ合法とすれば、深刻な反競争効果を持つ行為を放置することになるかもしれない。商品設計行為であっても、この目的・効果が、専ら他者の排除にあり、品質向上や費用削減などに何の貢献もしないような行為は、通常の事業活動ではなく、競争秩序に照らして不当な行為として非難できそうである。

こうして、商品設計行為についても、技術的抱合せについても、独禁法による規制の要否とありうる基準をめぐって、議論が続けられている状況にある。

情報通信分野では、「技術的抱合せ」が頻繁に行なわれてきた。もともと別のものとして提供されていたサービス等を統合し、新たな付加価値を加えて、顧客に提供することは、情報通信分野における技術革新の典型的な手法である。他者によって提供されるサービスとともに、あるいはこれに代えて使用することができないーつまりは相互運用性ないし相互接続性・相互互換性を欠いた仕様が新規商品等に採用され、あるいはそれらを欠如させることとなる仕様変更が行なわれることも、稀ではない。今後数年の間に実現されるだろう情報通信分野における大規模な融合（convergence）・統合（integration）、レイヤー間の抜本的な編成変えの過程では、「技術的抱合せ」が少なからず観察されることになるだろう。近年中に商用化されることとなっている種々の

にかかるヒアリング、Hearings on Section 2 of the Sherman Act Sponsored by the Federal Trade Commission and the Antitrust Division, U.S. Department of Justice（２００６－）の開始時等には、技術的抱合せでなく、「product design」の言葉が用いられている（Majoras (2006)など）（もっとも、実際のヒアリングでは、抱合せのセッションの中で、技術的抱合せの言葉を使いながら問題が検討された）。判決でも「Design Change」などの言葉が使われたことがある。California Computer Products v. IBM, 613 F.2d 727 (9th Cir. 1979)参照。

技術・ビジネスモデルには、それ自体として、レイヤーをまたがって支配的事業者が自己の力を他のレイヤーに拡張する可能性をはらむものが多く含まれている。

支配的地位を有する事業者が未だ存在する環境下で、これら融合・統合が適切に進められるようにすることは、事業法の下では、既に重要な政策課題となっている。従来から、日本を含む多くの国において、支配的事業者には、インターフェイス等相互接続を行なう上で重要であり、支配的事業者のコントロールに専ら服している部分については、仕様を開示する義務が課されている。仕様を変更するときには、競争業者を含む関係者がこの内容を事前に知ることができるようにする義務も課されてきている。さらには、新規技術を企画するに際しては、その企画のかなり早期の段階から、競争業者の意向が反映されるメカニズムを採用する例などもみられるようになっている。

独禁法上はどうなのだろうか。支配的事業者らが他者の事業活動を困難とするような形で商品設計を行うことは、独禁法にも違反することになるのだろうか。

本稿はこのような問題意識に基づいて、過去の事例ならびに昨今の議論状況を踏まえながら、商品設計行為ないし技術的抱合せに対する独禁法による規制のあり方について検討する。次節２では、これら行為と、取引拒絶などの他の排除行為の類型と技術的抱合せの関係を整理する。次に、この種の行為がもちうる経済的効果・目的について検討する（３）。ついで、情報通信分野に限らず、商品設計・技術的抱合せ行為それ自体の違法性が問われたものと分類されている、あるいは分類可能な、欧米日の独禁法上の事例を中心に、現実にあった事例を整理する（４）。続く節では、規制のあり方について、現在、米欧日の規制当局・研究者らが展開している議論をまとめる（５）。最後に、検討の結果をまとめながら、本研究の含意について補足する。

２．他種の排除行為と技術的抱合せの関係

（１）排除行為

①　単独企業による一方的な排除行為

商品設計も技術的抱合せも、企業が、他の企業からは独立し自ら決定して実施する行為である。また競争に悪影響が生じるとすれば、競争者を排除することを通じてである。このことから、商品設計行為ならびに技術的抱合せは、通常は、企業が単独で、一方的に行なう排除行為の一種である。

②レバレッジ

商品設計行為ないし技術的抱合せが競争に悪影響を与えるのは、行為者の扱っている商品の少なくとも一部が顧客によって強く需要されるものである場合である。商品設計行為により他者の事業活動が排除されるとすれば、その理由は他者の商品が行為者の商品との相互運用性・相互接続性あるいは互換性を欠いたものであるため、あるいは、一体として提供される商品の一部が顧客

により購買されるために他部分を構成し他者により提供されえた商品への需要がなくなってしまっているためである。行為者の商品に対する需要が強くなければ、このような形での排除は通常は起こりえない[3]。他方、「技術的抱合せ」についていえば、この行為はその名称からして、行為者が、主たる商品市場で有する地位を利用して、抱き合わせられた商品の市場から他者を排除することを含意している。

これらからすると、ここで検討している行為は、ある商品についての有利な地位を「てこ」として用いて、別個の商品等についても有利な地位を獲得する行為である。この意味において、ここで問題としている行為は「レバレッジ」と称される反競争戦略の一類型ということができる。

（２）他の排除行為との関係

①　取引拒絶

商品設計を行い、この設計に従って商品の販売を開始した後に、顧客から異なる仕様での商品提供を求められたときに、この提供を拒み、当初設計したとおりの商品しか販売できないとして取引を拒絶することは、この行為を独立してみれば、取引拒絶（あるいは、取引内容について制約を加えるもの）である。もっとも違法性判断の場面においては、多くの場合、このような取引拒絶の違法性評価は、商品設計行為の違法性評価に尽くされることになるのであって、商品設計行為の違法性を確定すれば、かかる取引拒絶行為の違法性も自ずから明らかになることだろう。このことは、技術的抱合せの際に、抱き合わせされていない形態での商品提供の要求が行なわれ、これを拒絶する行為についても同様である。

商品設計ないし技術的抱合せにより他者の事業活動が困難になるためには、（上に述べたのとは異なる）取引拒絶が必要になるときがある。排除の契機となる商品との相互運用性・接続性ないし互換性を確保するために必要な情報・技術の開示や、これらにかかる知的財産権の許諾が、適時かつ適切な範囲で、かつ、競争上不利な立場に立たせられることとなるような対価支払義務を課されることなく行なわれていれば、顧客にとって受容可能な商品の提供を他者が困難なく継続できることがあり、この場合には、これら情報・技術・特許許諾の開示要求に応じないこと－つまり、取引拒絶－が、他者の事業活動を困難とするために必要となる。

もっとも、このような取引拒絶が行わなければ、他者を排除する効果がおよそ生じえないというわけではない。一体として提供する行為が行なわれる場合には、競争者は顧客を十分に得られないことから事業活動が困難になりうるのであって、上記のような取引拒絶とは排除の効果とは無関係でありうる。相互互換性等を確保するための情報等の提供に関しては、これらにかかる取

[3]専用部品や専用消耗品については、主たる商品の市場において行為者が強力な地位を有さずとも、最初に購入した商品の乗換え費用が高いために、購入後にこの補完品（専用部品・専用消耗品など）が値上がりしても主たる商品の買い替えが起こらず（つまり、ロックインされ）、補完品が購入され続けることがある。この場合には、主たる商品提供者の補完品の抱合せないし他者商品の互換性を失わせる仕様変更が、補完品市場から他者を排除することになる。さらに、一定の場合には、かかる排除が本体商品・補完品の総体の価格上昇効果をもつことがあることが知られている。もっとも、このような効果が生じることは、実際には多くはないと考えられている。

引拒絶行為がなくとも、対価の設定次第ではやはり事業活動が困難となることがありうる。

②契約・強制により両商品を受け入れさせる行為（典型的な抱合せ）

ここで問題としている商品設計ないし技術的抱合せは、二個の商品を物理的に接続して１個の商品として販売し、あるいは、相互運用性等を失わせることによって他者の商品を買うことを不可能としてしまい、事実上、買い手に一定の者からの商品受入を余儀なくする行為である。これに対して、通常、抱合せ行為とされる行為は、物理的には切り離し可能であって別個に提供されうる商品・役務を、取決めや強制（ただし、ここでの「強制」には技術的操作を通じた強制は含まない）を通じて、ともに買い手に受け入れさせる行為である。このように、技術的抱合せ・商品設計と、拘束や強制を通じた抱合せとは、別個の行為であり、それぞれ独立して排除効果をもちうる行為である。

もっとも、技術的抱合せを行なうときには、これを実効的に行なうために、二つの商品をともに利用しなければならないといった取決めが行なわれることがある。直接の買い手と、最終ユーザーが別である場合には、直接の買い手に対して、二商品を切り離して販売等してはならないとか、他の商品と組み合わせて販売してはならないといった拘束を課し、実効性を高めようとする場合がある。

③「混合型バンドリング（mixed bundling）」あるいは別商品の購入可能性を残しつつ行なわれる抱合せ

二商品を別に購入する選択肢を購入者に与えはしているものの、両商品を同じ購入者から購入するほうが支払い額が低くなるように、抱合せ商品の価格が設定されることがある。このときには、販売者が明示的に複数商品の受入を取引の条件としたり強制したりすることはされておらず、複数商品の同時購入が行なわれてもこれは購買者の自発的意思によるもののようにみえる。また、同じ購入者から購入するほうが安いというのは、抱合せ購入により削減された流通費用などを反映するものであって、非難すべき理由はないもののようにみえる。ただ実際には、同時販売による生じた効率性によっては説明のつかない値段差であって、実のところ競争者を排除する目的で値段差設定が行なわれたのであって、この行為の結果実際に競争者が十分な顧客を得られずに排除されることになることもある。そこで、値段差を設けることを通じて顧客を誘引し、複数消費を購入させて他者を排除する行為も、一定の場合には独禁法違反となるものと考えられるようになっている。ただ一方で、この種の行為については、効率性によっては説明のつかない価格差であることを認定することが困難であるとともに、規制が価格を硬直化させ消費者の利益を害することとなる可能性があることから、規制に対する慎重論も強い。

商品設計ないし技術的抱合せについても、同型の議論を考えることができる。すなわち、商品仕様を変更したり、新規商品を導入した後にも、一体化した商品の一部を独立して提供することを続けたり、他者製品との相互運用性等の保たれた旧型商品の提供を続けたりすることがある。

この場合にも、別商品の購入や旧型製品の購入すれば、価格その他の取引条件・内容の点で不利な立場に立つということになれば、「混合型バンドリング」をめぐるのと同様の問題が生じることになるだろう。商品設計や技術的抱合せを一定の場合に独禁法に基づいて規制するという立場を採るのであれば、その次には、上述した価格差などが設けられている場合にいかなる評価をするかが問題になるだろう。

混合型バンドリングの独禁法に基づく規制のあり方は、それ自体として重要な問題である。事例が少なく基準が確立しておらず、論者らの意見も分かれている[4]。本稿では論じきれないために、本稿ではこの問題は扱わない。

④共同で行なう商品設計

複数の企業が商品設計に関わる場合がある。この典型的な例が、共同で製品を研究開発しこれを採用する場合である。複数企業が参加して行なう標準化行為も、商品の一部を共同で設計する行為である。他者に対して商品を一定仕様とすべきことを要求し、この要求に従って商品が設計される場合も考えられるだろう。これら行為も、本稿が対象としている行為と同様に、競争者を排除し競争に悪影響を与える可能性をもつ。

もっとも、これらの行為は、一企業が単独で自ら販売する商品を自らの意思で設計する行為や、このようにして行なわれる技術的抱合せとは、独禁法上は異なる仕方で評価されることになる。商品の仕様は、価格や数量、取引相手には及ばないにしても、これに続く競争上重要な事項である。企業らは、このような競争上重要な事項については、競争者からは独立して自らの判断するー自らの才覚・努力で顧客のニーズにあうよう商品設計を行い、市場で相互に競争しあっていくことが、期待されている。そして、この行為の結果は市場でのテストを受け、判断を誤ればこの結果は損失という形で行為者自身にはね返ってくることになる。このことからしても、規制が介入すべき必要性は薄いといえる。成功し、市場で有力な地位を占めるようになったのであれば、多くの場合には、商品設計を行なった企業自身の才覚と努力が評価されたのであって、独禁法上非難すべき要素もたない、通常の競争行為であるといえる。さらに現実の問題として、このようなものでない、人為的ないし不当な目的による商品設計とみられる場合には規制を行なうこととしても、そのような人為的な商品設計なのか、正当な商品設計であったのかを判断するには、競争当局や裁判所にとっては困難である。これに対して、複数企業が関わる場合には、個々の企業の才覚に加えて、あるいは個々の企業の才覚というよりもむしろ、共同したことによって排除効果が生じている可能性がある。合意し共同で行なったという点に、通常の競争行為として想定されているのとは異なる人為性も認められる。協調促進効果のように、ライバル排除を通じたのではない競争への悪影響を審査する必要性も生じる。商品設計の妥当性の審査も、共同した者の構成員や、共同研究開発の手続や構成、過程を補助的に考慮にいれながら、単独の場合よりに比べれば比較的、確実に行なうことができる。これらのことから、商品設計という点では共通してい

[4] ［本年度 ICT プログラム・研究成果である西村暢史「―」がバンドリングの問題を扱っている。］

ても、企業が単独で自らの意思に基づいて自身の商品設計を行なう場合と、それ以外とでは、独禁法上別の評価枠組みが適用されてきている[5]。

３．商品設計・技術的抱合せの経済効果・目的

前節では、本稿がいかなる行為について論じており、どのような行為について論じていないのかを明らかにした。

検討の対象とすることとした商品設計行為ならびに技術的抱合せ行為は、いかなる経済的効果をもつだろうか。企業がこの種の行為に従事するのはいかなる動機に基づくものだろうか。

技術的抱合せがもちうる経済効果を分析した論文に、Gilbert & Riordan（２００３）がある。この論文では、勝者（論文中では、品質改良のために投資を行なった者）が需要の全てを獲得することになるという「勝者が全てを得る（winner take all)」タイプの市場において、補完品市場では支配的事業者がライバル企業との競争を行っている場合であって、このライバル企業の存在により支配的地位を有していることから得ることができたはずの独占利潤を得ることが困難な状況における技術的抱合せを行なう誘因とその厚生への影響が検討されている。そして、ライバル企業を排除する技術的抱合せを行なうことが許されている状況下では、ライバル企業が効率性において勝っていたとしても、支配的事業者による品質改良が実施されて競争者が排除され、社会的総余剰が悪化する可能性がありうること、他方で技術的抱合せが不可能であれば非効率なライバル企業による品質改良が実施されて社会的総余剰に負の影響が及ぶことがありうること（ーしたがって、技術的抱合せが社会的総余剰に与える影響は、正でも負でもありうること）が示されている。

Gaynor（２００６）は、商品使用後にこの補完品として利用される商品（アフターマーケット（After Market)）で販売される商品においてライバル企業が存在する場合であって、これらの者が主たる商品の技術開発にただ乗りできる状況下においては、ライバル企業をアフターマーケットから排除する技術的抱合せが行なわれ、このことによって技術的抱合せが行われなければ実施されなかっただろう技術開発が行なわれるようになること、そして技術的抱合せは消費者を利する効果をもつものとなることが示されている。

本稿で問題にするのは、他者の補完品利用を排除するタイプの行為であるところ、この点において、技術的抱き合わと通常の抱合せとは共通している。このため、抱合せの経済効果を分析した文献は､技術的抱合せの経済効果を考える上で有用である｡抱合せの経済効果分析については、産業組織論のテキストほか、川浜（１９８８）を参照されたい。また、相互運用性・互換性ある仕様を採用するかどうかについての分析も応用することができる｡この内容については､依田（２００１）を参照されたい。

[5] 。共同の標準化活動については、さしあたり公取委「標準化に伴うパテントプールの形成等に関する独占禁止法上の考え方」（２００５）を参照されたい。

これらを参考とすれば、商品開発行為・技術的抱合せ行為がもちうる主要な目的・効果は、さしあたり、次のようにまとめることができる。

① 高品質・新規機能導入の過程で行なわれる技術的抱合せ

商品設計は、通常、顧客のニーズや嗜好への適合性の高い商品・役務を提供し、これにより販売ないし利益を伸ばそうという目的をもって行なわれる。技術的抱合せと呼ばれるような、補完品をともに用いることのできないように商品が設計される場合であっても同様である。他者の商品等との相互運用性等を保つことや、他者商品等と自由に組み合わせて利用することができるような形で商品を提供することは、とりわけ他者商品等が優れている場合には、顧客のみならず、商品設計者自身にとっても利益になる。しかし、こうすることによって、顧客のニーズにかなった品質改良等が十分に実現されないままとなるような場合がありうる。

② 流通・製造費用の削減

別売りすることには、それ自体で、費用がかかる。さらには、別種商品を同時に製造することにより範囲の経済－費用削減が実現でき、この結果製造されたものが統合した形態をとっている場合に、この商品を別個に販売しようとすれば、大きな追加的費用がかかる。抱合せして販売すれば、費用－価格をより低く抑えられることになる。

③ 探索費用の削減・安心感の提供

補完的に利用される商品をあらかじめ同時に提供すれば、購買者が補完品探索に要する費用が削減され得る。購買者側が自ら探索し組み合わせて利用することに不安を感じている場合であって、供給者側の方が探索ないし組み合わせの能力に優れ、購買者にもそのように信頼されている場合には、あらかじめ同時に提供することで、購買者の探索費用のみならず、不安感をも解消し、顧客の満足度を向上することができる。

④ 補完品間の利用比率の適正化・二重限界化の防止

補完品間の利用比率が可変的である場合、組み合わせて利用されるものの一方に競争水準を上回る価格がつけられ、他方に競争水準の価格がつけられると、後者の消費量が相対的に増え、補完品間の消費比率が最適でなくなる。抱合せして一定比率で消費されるようにすれば、このような結果となることを防ぐことができる。なお、抱合せがこのような効果を発生させるのは、行為者が商品の一方について競争水準を上回る価格をつけることができる力を有している場合である。

④ 価格差別

価格差別を通じてより多くの利潤を得るためには、顧客の支払意欲を把握することが必要・有効である。消耗品のように、顧客の財への評価を反映しやすい商品の販売動向を知ることは、価格

差別をより有効に行うために有益であり、このために抱合せが実施されることがある。さらに、このような商品を抱合せて販売し、その際に被抱合せ商品を競争水準を上回る価格をつければ、顧客の支払意欲を把握していなくとも、効果的に価格差別を行ないうる。ただこれらの戦略を実施するためには、支払い意欲を反映した商品が必ず自ら購入されるようにする必要がある。そしてこのために抱合せが行なわれることがある。

⑤　価格が制限されていない商品からの利潤獲得

販売価格規制を受けている企業が、規制が存在するにもかかわらず独占利潤を獲得するための方法として、規制を受けていない商品の売り上げを通じてこれを獲得するという方法がある。この企業が支配的地位を有している商品が、これと補完的な商品とともに必ず購入されるようにすることは、こうした目的・効果を実現するために有効な方策である。抱合せ（拘束ないし強制を通じたものであれ、技術を通じた事実上のものであれ）は、これを実施するための方法として用いることができる。

⑥　顧客閉鎖による他者排除

技術的に抱合せられた商品の一顧客が強く望む商品であるときに、技術的抱合せがお粉荒れれば、顧客としては、組み合わせられた商品を欲するかどうかに関わらず、組み合わせられた商品を購入せざるを得なくなる。一度抱合せられた商品が入手されれば、追加的に抱合せられた商品の購入が行なわれることがなく、あるいは追加購入の量が減るのであれば、抱合せられた商品を供給する競争者は顧客を失い、事業活動を行なうのに困難をきたしうる。場合によっては、これによって市場の競争状況が変化して、行為者が独占利潤を得ることができるようになる。

⑥二商品の同時生産を必要たらしめることによる他者排除

相互運用性等を欠き、あるいは、一体として組み合わせられた商品が提供されるようになったために、行為者が提供する商品の補完品として商品を販売することが他者には不可能になれば、競争者の側では一連の商品群を自ら顧客に提供することで対抗できる、と考えられるかもしれない。もっとも、このようなことが常に可能なわけではない。これまでに提供したことのない商品を導入することには時間・費用・リスクを伴うためである。このように、競争者の二商品同時提供が不可能であることを知りながら、あえてこれを必要たらしめることで、行為者が競争者を排除することがある。このような排除は、行為者がもともと持っている力が、何らかの理由で、完全なものでないときや、将来的に危うくなりそうであるときに、行為者が独占利潤を確保するために有効な戦略である。

⑦ライバル費用増大による他者排除

市場で広く用いられる商品に相互運用性等を欠いた仕様が採用されたことで、相互運用性等を確

保するために追加的な費用を競争者をかけなければならなくなる場合には、この負担が競争者の競争圧力をそぐことになる。競争者は依然として競争を続けることができるとしても、この者からの競争圧力が弱まった結果として、行為者が独占利潤を得ることができるようになる可能性がある。

⑧コミットメントと他者排除
商品設計が一度行なえば容易に変えられないものである場合、技術的抱合せにあたるような仕方で商品を開発設計することが、他者が参入すれば攻撃的にこれに対応するというコミットメントとして働くことがある。このような商品開発は参入抑止効果をもつ。

４．商品設計・技術的抱合せと独禁法

前節においては、商品設計・技術的抱合せが、競争からみて望ましい効果と反競争効果のいずれも持ちうるものであることを確認した。

この検討を受けて本節では、本稿が検討対象とする商品設計ないし技術的抱合せ行為であると主張されたか、そのようなものとして分類可能な事例を、米欧日の独禁法事例の中から抽出して紹介する。競争にとって両義的な意味をもつ商品設計・技術的抱合せが、現在まで、どのように扱われてきたのかを知ることが目的である。

この際には、次のことに注意が必要である。まず第一に、商品設計（product design）という言葉が独禁法の文献に登場するようになったのは近年のことである。「技術的抱合せ」の言葉は比較的前から用いられてはいるものの、これも講学上の概念であって、法律・判例上の確立した定義は存在しないし、技術的抱合せに該当するかどうかが独禁法上の違法性を決定するというような概念でもない。このことから一定の事例を、技術的抱合せの事例などとして分類するかどうかは、分類者がいかにこの行為を定義するかによるのであって、分類はある程度恣意的なものとならざるを得ない。

第二に、日米欧の独禁法は、排除行為についても、通常の抱合せ行為についても、それぞれ異なる規制の仕方をしており、この違いが商品設計・技術的抱合せ行為を独禁法に照らして評価する際の違いをもたらしている。

以下では、この第二の点も考慮して、米欧日の独禁法が抱合せほか排除行為をいかに規制しているかを簡単に説明することとする。

（１）米国

米国においては、取決めないし二商品の同時購入の強制を伴う抱合せ行為については、シャーマン法１条下で判例により基準が確立されてきていた。これは即ち、①抱合せ商品と被抱合せ商品が別個の商品であると認められ、②これらを抱合せて販売する行為が行なわれ、③行為者が抱

合せ商品市場において一定の地位（最高裁判例によれば「経済力」。なお、経済力は市場力（Market Power）よりも弱いものでよいとされてきた）を有しており、④この行為によって被抱合せ商品市場において競争が排除される（なお、ここで競争が排除されるとは、いずれかの市場で市場力を獲得・維持・強化するといった効果を要求しているものではない）と認められれば、問題の行為は、これ以上の審査を行なうことなく当然に、シャーマン法１条違反となるというものである。そして、とくに別個の商品の要件については、顧客がそれぞれの商品を別に購入するという需要が存在すれば、商品を別個のものとして確定すべきものであるとされてきた。

この基準に照らした審査は、上に挙げた事実があれば当然に行為を違法とみるものであることから、「当然違法（per se）」（原則の下での）審査とよばれる。この当然違法型の審査は、第一に一見すれば正当化事由を考慮しないか効率性などを理由とする抗弁を許さないように見える点において、第二に行為が現実に市場力の形成・維持・強化したことの主張立証を要求しない点において、充たすことが比較的容易な基準であるとみられてきた。

これに対して、当然違法型の審査ではなく、合理の原則（rule or reason）型の審査をして違法とすることも可能ではある。上記の要因のいずれかを充たさない場合には、合理の原則の下で違法とされる行為だと主張することに実益があることになる。もっとも、合理の原則の下では、行為が現実に競争に悪影響を与えたことの説明と立証が、正当化事由ないし競争促進効果なども考慮しながら、厳しく要求されることになるのであって、上記の①ないし④の条件をみたさないような行為が合理の原則の下で違法とされることは稀であった。

次に、排除されたということから反トラスト法違反とするのであれば、「独占化」「独占化の企図」を行ったとしてシャーマン法２条に基づいて違法とすることになる。「独占化」の要件は、①独占力を有することと、②この力を優れた商品、事業上の機敏性ないし歴史的偶然以外の方法で故意に獲得しあるいは維持したこと、である。独占化の企図の要件は、①独占化する意図をもって、②略奪的ないし反競争的行為に従事し、③独占力形成を成功裏にやりとげる危険なまでの蓋然性が認められること、である。シャーマン法１条における抱合せの基準と比較すると、「独占力」「独占化の危険なまでの蓋然性」が求められている点で、より精緻な市場効果分析が求められているようである。さらに、地位もより強いものであることを要するようである。実際にも、抱合せないしこれに類する行為については、シャーマン法２条違反行為を行なったと主張立証するよりは、シャーマン法１条の抱合せ行為に該当するとして主張立証する方が容易であるとみられてきた。

もっとも、技術的抱合せ行為について、製品を契約により抱合せた基準をそのまま適用することについては、二商品だといえるのか、シャーマン法１条は何らかの合意ないし共同行為が必要とされるところこの要件を充たすのかどうかが問題とされることになる。さらに、シャーマン法１条「当然違法」型の基準によるならば、実際の競争への影響の詳しい審査も行なわれず、望ましい効果などを抗弁として主張して違反ではないと主張することが可能なのかどうかも不明であるのであって、このような基準の下で厳しく技術的抱合せのような行為を規制することが実質的

にみて妥当なのかどうかという問題がある。

結果としてみると、これまでの事例をみる限りでは、抱合せ行為にあたるという主張が凡そ否定はされなかった事例においても、結論として違法であるという判断は下されていない。一体化した製品を別にして売ってはならないことを拘束した場合など、商品設計を超える行為が行なわれていた場合は別であるものの、そうでなく端的に商品設計行為を理由として事業活動が排除されたと主張された事例では、裁判所は、次のようにして、独禁法違反であるという主張を否定してきている[6]。

① 一体として販売することの合理性を審査した上で、別商品性を否定した事例

United States v. Jerrold Electronics Corp., 187 F. Supp. 545 (E.D. Pa. 1960), aff'd per curiam on other grounds, 365 U.S. 567 (1961); Telex Corp. v. IBM, 367 F. Supp. 258 (N.D. Okla. 1973), rev'd on other grounds, 510 F.2d 894 (10th Cir. 1975), cert. dismissed, 423 U.S. 802 (1975); ILC Peripherals Leasing Corp. v. IBM Corp., 448 F. Supp. 228 (N.D. Cal. 1978), aff'd per curiam sub nom; Innovation Data Processing v. International Business Machines Corp., 585 F. Supp. 1470 (D.N.J. 1984), modified on other grounds, 603 F. Supp. 646 (1984); Information Resources, Inc. v. A.C. Nielsen Co., 615 F. Supp. 125, 129-130 (N.D. Ill. 1984)（仮差止を請求）.

②技術的抱合せであって、当然違法の抱合せ原則を適用して審査するのは不適切であるとした事例

Foremost Pro Color, Inc. v. Eastman Kodak, 703 F.2d 534 (9th Cir. 1983), cert. denied, 465 U.S. 1038 (1984)（当然違法の抱合せ原則を適用するには、別商品を購入するよう明示的に強制が行なわれている必要があるのであって、事実上強いられたというだけでは足りないという立場にたち、本件ではかかる強制が認められないのであるから当然違法原則の下で審査することはで

---

[6] 本文で挙げる事例のほか、MDC Data Centers v. IBM, 342 F. Supp. 502, 505 (E.D. Pa. 1972)（シャーマン法１条違反の抱合せが行なわれたというためには、抱合せを行なう者自身から被抱合せ商品を購入することを強いている必要があるところ、本件では第三者から購入を要請しているものであって、違法な抱合せには該当しないと判断したもの）がある。United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2000)は、マイクロソフトがインターネットエクスプローラを OS に統合するという商品設計行為が、それ自体として、シャーマン法２条に反するかどうかについて、①反競争効果と②競争を促進する正当化事由の有無の二つの観点から審理し、反競争効果は認められるものの、競争促進する正当化事由についての十分な主張立証が訴訟当事者により行なわれていないとして、判断を留保した。Xerox Corp. v. Media Scis. Int'l, Inc., 511 F. Supp. 2d 372, 388 (D.N.Y. 2007)では、ゼロックスの行った商品設計行為が反トラスト法違反にあたるとの反訴を、連邦民事訴訟規則１２条ｂ項６号に基づいて却下することをゼロックスが主張したものの退けられている。

きないとした。このような場合であっても、合理の原則型の審査を行なって違法とすることは可能ではあるものの、本件については当然違法の抱合せが行なわれたという主張のみが行なわれていたことから、合理の原則に基づく審査は行なわないまま、原告の主張を退けた）; United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001)(en banc) （シャーマン法１条における二商品性のテストを機械的に適用すれば新製品開発を阻害することになることにふれながら、本件については、技術的抱合せである上、ソフトウェアという裁判所が経験をつんでこなかった事業にかかわるものであって、当然違法原則の下で審理するのは適切ではないのであって、合理の原則に基づいた審査を行なうべきであるとして原審に審理を差し戻した）.

シャーマン法２条違反だとして争った結果は、概ね、次のようなものとなっている。

③独占力が認められないとされたもの。
Transamerica Computer Co. v. IBM, 481 F. Supp. 965 (N.D. Cal. 1979), aff'd, 698 F.2d 1377 (9th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 955 (1983) （原告の行なった市場画定についても、不適切であるとした）.

④ シャーマン法２条違反を認めるに必要な反競争行為ないし不当な独占力獲得行為（上記「独占化」の要件参照）が行なわれたとは認められないとされたもの
California Computer Products v. IBM, 613 F.2d 727, 744 (9th Cir. 1979) ; Berkey Photo v. Eastman Kodak Co., 603 F.2d 263 (2d Cir. 1979), cert. denied, 444 U.S. 1093 (1980) ; Foremost Pro Color, Inc. v. Eastman Kodak, 703 F.2d 534 (9th Cir. 1983), cert. denied, 465 U.S. 1038 (1984)（仕様変更それ自体がシャーマン法２条違反行為を構成することにはならないとの立場が示された。）; C.R. Bard v. M3 Sys., 157 F.3d 1340 (Fed. Cir. 1998) ; United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001)（互換性のない Java を導入した行為について）.

（２）欧州

欧州条約８２条ｄ項では、抱合せ行為が、禁止される「支配的地位の濫用」行為の一例として挙げられており、欧州裁判所の判例によっても抱合せ行為が違反とされるべき場合の要件が整理されてきている（下記、マイクロソフト CFI 判決参照）。なお、抱合せに当たらないとしても、支配的地位の濫用だと主張して争うことも可能ではある。

抱合せ行為は欧州条約８１条に基づいて規制されることも可能である。８１条に基づいて規制する場合の基準は、European Commission, Guidelines on Vertical Restraints, OJ C291(13.10.2000) と European Commission, Guidelines on the Application of Article 81 of the EC Treaty to Technology Transfer Agreements, OJ C101(27.04.2004) が詳しい。もっとも、本

稿で問題とする種類の行為が、８１条違反だとして争われた事例は見出しえなかった。

８２条に基づいて、商品設計行為ないし技術的抱合せ行為が違法だとされた例として、次の２例を挙げることができる。

① IBM アンダーテイキング（IBM, European Commission, Fourteenth Report on Competition Policy point 94, [1984] 3 C.M.L.R. 147）
IBM がメモリと CPU を一体として販売したことが､欧州条約８２条違反行為に該当するとして、EU においては、メインフレームの CPU を、記憶装置をつけることなく、あるいは、試験のために最小限必要な記憶装置のみををつけて販売するというアンダーテイキング（undertaking）がなされることになった。

② マイクロソフト CFI 判決（Microsoft Corp. v Commission of the European Communities（Case T-201/04, Judgment of the Court of First Instance (Grand Chamber) (17 Sep. 2007)）
この判決は、マイクロソフト（MS）がウィンドウズ・メディア・プレイヤー（WMP）をパーソナル・コンピュータ用基本ソフト（PC OS）と一体のものとして提供することが、同社が PC OS 市場で有している支配的地位を濫用する行為にあたるとした欧州委員会の決定（Commission Decision 2007/53/EC of 24 March 2004, Case COMP/C-3.37.792 － Microsoft, OJ 2007 L 32, p. 23）の適法性について審理し、欧州委員会決定を支持する判断を下したものである。

第一審裁判所は、①抱合せと被抱合せ商品が２つの別個の製品であること、②当事者が抱合せ商品の市場で支配的であること、③消費者に被抱合せ商品なくして抱合せ商品を入手するという選択肢を与えなかったこと、④問題の行為が競争を閉鎖したという事実を考慮し、さらには⑤客観的な正当化事由をもつ行為であるという被告の主張を考慮した上でかかる事由の存在が認めらないとして、これらを理由として本件行為を違法とした判断は正しいものであり、82 条と判例法に従っているとして支持した。本件においては、これらのうち②の事実、すなわち MS が抱合せ商品たる PC OS の市場で支配的地位を有するとの認定は､詳しく審査することなく支持された。このほかの点については争われたものの、第一審裁判所はいずれの点についても委員会の決定を支持し、MS が８２条に反したと結論した（確定)。

裁判所は、別商品性（上記①）について、本件に関係する産業が急速な進化をしているものであって、現在別個の商品とみえるものが、後に技術的観点からも競争のルールからしても、単一の商品とみられるようになる可能性があると述べた。そして、別個の商品を構成するかどうかの判断は、違反行為が行なわれたと認定される時点の状況に照らして行なわれなければならないとした。

裁判所はこの上で、別商品性の判断基準について次の立場を示した： 82 条上別個の商品に当たるかどうかは顧客の需要に照らして検討されるべきであり、被抱合せ商品といわれるものに独立した需要がないのであれば、別個の商品かどうかは問題とならず、濫用的抱合せが行われたこ

とも問題とならない。両商品が常にともに利用・購入されることは、別商品性を否定するものではない。顧客が両方の商品を、別の供給先から入手することを望むむことがありうるためである。

裁判所は、上記の観点からして、PC OS と WMP は別商品で認められるとした。OS とストリーミングメディアプレイヤーがともに利用・購入されるかについては、ストリーミングメディアプレイヤーを伴わない PC OS への需要が存在していたのでいることも認定し、「常にともに利用・購入される」というのは事実に反するとことも認定した。裁判所は、関係する商品の性質と技術的特性、市場の動向、関連商品の開発史および MS の行動も検討した。この中で裁判所は次の事実を認め注目した。すなわち、PC OS がシステムソフトウェアであるのに対し WMP はアプリケーションソフトウェアであって機能を異にすること、PC OS とは独立して自主的にストリーミングメディアプレイヤーを開発提供する供給者が存在していること、（判例法によれば、被抱合せ商品の製造販売に特化した独立した企業が市場に存在することは、当該商品について別個の市場が存在することの強力な証拠になるところ）本件でもこのような事実が認められること、MS が同社の OS と競争関係に立つ PC OS で動く WMP の開発販売を行っていること、他方では RealPlayer は Windows・Mac OS X・Solaris・UNIX OS 等の上でも動くものであること、WMP は Windows PC OS と別個に MS のインターネットサイトからダウンロードできること、MS は PC OS のリリースやアップグレードと独立に WMP のアップグレード・リリースを行なってきていること、このほか WMP に特化した販売・販売促進活動も行なわれてきていること、相当の顧客が PC OS とは別にストリーミングメディアプレイヤーの入手を続けてきていたことである。

以上の理由から、裁判所は、委員会の認定を支持した。

MS の効率性向上などを理由として別商品性を否定する主張も、裁判所は、次のとおり退けた。まず、MS による WMP の Windows OS への統合は、システム進化の通常かつ必要なステップであり、MS はメディア機能の継続的な向上に資しているという主張は、この種の統合が２つの別個の商品を抱合せることを無条件で認めるべき理由になるものではないとしてことにはならないとして退けた。技術的な理由から統合せざるを得なかったという主張も、統合せずとも WMP を統合前同様に流通させることが可能であったことと、技術的理由に基づかないものであることを示す MS 自身内部の通信記録の内容からして、認められないとして、退けた。

消費者が、被抱合せ商品を入手することなく、抱合せ商品を入手するという選択を不可能としたこと（上記③）については、問題の行為の結果として、「消費者が Windows PC OS を、WMP を同時に入手することなくしては入手できなくなった」ことが認められるのであって、このような事実があれば濫用ないし「契約の締結を付加的な義務を負うことを条件として行うという条件」を賦課したと認めるに十分であるとして、MS の主張を退けた。MS はさらに、82 条ｄ項の意味における強制や付加的な義務付けを行なわなかったと主張し、この主張を支持すべく、顧客が Windows のメディア機能に対して追加的な支払いを行うことはないこと、第二に、この機能を利用することを強制されてはいないこと、競争者のメディアプレイヤーをインストールし、利用することは妨げられていないと述べていたのであるが、このいずれをも裁判所は退けた。第一に、

MS はたしかに WMP に別個の価格をつけてはいないものの、だからといって WMP が無料で配布されたとはできないのであり、WMP の価格は Windows PC OS の全体の価格に含まれていることが MS の述べたことからも認められるとした。また、82 条 d 項あるいは判例法からして、消費者が被抱合せ商品について支払いを行なわない限りは、消費者が付加的義務を課されていると認定されないものではない、とした。PC にプレインストールされた WMP を利用する義務を消費者は負っておらず、他の事業者のメディアプレイヤーを PC にインストールし利用することができるということについては、関連性をもたないとした。裁判所によれば、82 条 d 項も判例法も、消費者が被抱合せ商品を利用することを強制されているとか、競争者の商品の利用を妨げられていたとかいった事情がない限り、「契約の締結が付加的義務の受入を条件として行われていた」とは認められないとはしてはいないとした。さらに、MS の主張と異なって、OEM は PC に第二のストリーミングメディアプレイヤーをプレインストールすることを妨げられていたし、消費者は競争者のメディアプレイヤーが品質上優れているかどうかに関わらずこれに代えて WMP を使うインセンティブを有することを認めた。これらの理由から、この点についても裁判所は、委員会の決定を支持した。

競争の閉鎖について（上記④）、裁判所は、MS の PC OS が占めている高いシェアのために MS の行為により WMP も PC OS 比するだけのプレゼンスを有するようになっていたこと、かかる状況は競争者の誰も達成することができないものであったこと、WMP は梱包をほどくと同時にすぐに使える状況であったのであり、これは MS に競争上の優位性を与えるものであったこと、OEM としては既にインストールものと同じ機能のソフトウェアをインストールすることには消極的であったこと、プレインストール以外の方法による流通は可能だとしても WMP の広くどこでも使える状況（ubiquity）を乗り越えるのに十分なものではなかったことなどを、認めた。裁判所によれば、このような状況（ubiquity）は、コンテンツ・プロバイダおよびソフトウェア・デザイナに無視できない影響を与えたことを認めた。市場調査の結果に基づいて、市場の動向は、MS の WMP にとって有利で、その競争者には不利なものとなっているとした、委員会の認定も支持した。これらのことから、裁判所は、抱合せ行為が、競争を減殺し、これによって「有効な競争の構造を維持することが、予想可能な将来において、保障されないよう」な結果をもたらすものだったろうことを認定した。

客観的な正当化事由が存在しないこと（上記⑤）について、裁判所は、82 条違反を構成する事情が存在することの立証責任は委員会が負うものの、審査終了前に客観的正当化事由の主張をなんであれ行い、それを議論と証拠によって理由付けることは、委員会ではなく支配的事業者が行う　ー　このことが支配的事業者からなされた後には、委員会が支配的地位の濫用の認定を行おうとするのであれば、支配的事業者が提起した議論および証拠がこの認定を覆すものではなく、提起された正当化事由が受け入れ不可能なものであることを示さなければならなくなるとした。

客観的正当化事由として、MS は、第一に、継続的に新しい機能を Windows に統合していくというビジネスモデルに由来する便益を指摘し、主張を行なった。なかでも、メディア機能を

Windows に統合することは、ソフトウェア開発者とインターネットウェブサイト創作者が、安定し、よく定義された Windows というプラットフォームからかなりの利益を得続けることを可能にするために不可避のことであったと主張した。MS はまた、メディア機能を Windows を構成するシステムから除去することにより、消費者、ソフトウェア開発者、ウエブサイト創作者には害が生じることになっていたと主張した。

裁判所はこれら MS 主張に対して、まず、委員会はＭＳが WMP を Windows に統合したことではなく、WMP が統合された Windows のみを提供し、OEM ないし消費者が WMP なしには Windows を入手することを許さなかったこと、あるいは少なくとも WMP を Windows と WMP により構成されるシステムから除去することを許さなかったことを問題としたのであること、委員会が MS に対して下した命令も WMP を含まない MS に Windows PC OS の完全に機能するバージョンを提供することを命じているものであって MS が PC OS と WMP をバンドルしたものを提供することは明示的に認めたことに、注意を促した。そして、このことからして、委員会決定は、ストリーミングメディアプレイヤーを PC OS に統合したり、ソフトウェア開発者やインターネットウェブサイト創作者が安定しよく定義された Windows プラットフォームによって得られる利益を享受する可能性をもたらすこと、またこれらの点で MS のビジネスモデルに介入するものではないとした。MS の第二の主張については、一般的に標準化は実際的にも一定の便宜をもたらすことがあるのであるものの、支配的事業者によって抱合せという方法によって一方的に押し付けることは許されえないのであるとした。裁判所はさらに、MS が主張する事実上の標準化が、第三者によっては望まれないものであって、第三者としては異なるプラットフォームが競争を続けることを望む（それが様々なプラットフォーム間のイノベーションを促進するだろうからー）可能性を否定できないということを指摘した。また、ＭＳが主張した他の便益は、問題とされている行為を行なわずとも、容易に実現できたものであることも認めた。WMP なしの Windows 上に WMP がインストールされることになれば既に広く使われているアプリケーションが今後は正しく機能しなくなるとか、WMP を除去すれば Windows OS が正常に動かなくなる、このことから害が及ぶといった、MS の第二の主張については、この主張を裏付ける証拠が示されなかったとして退けた。品質が落ちるという主張は、事実に反するともした。裁判所はこの中で、独禁法違反行為は WMP を構成するアプリケーションソフトウェアのみに関わっているのであって、Windows PC OS に含まれるほかのいかなるマルチメディアプレイヤーにも関わっていないのであって、このシステムの基本的なマルチメディアインフラストラクチャーは、委員会の命令に従うとしても、Windows バージョンの中にも残り続けることにも注意を促した。裁判所は、Windows OS が統一性を失うリスクがあることを根拠とする MS の主張も、この議論は仮定的かつ推測的なものであること、さらには MS 自身の事業上の慣行にも反しているーMS は多数のバージョンの Windows、とりわけ Windows９８、２０００、Me、NT、XP を成功裏に提供しているのであって、これらことなるバージョンは相互に完全に互換性があるものではないことなどーとして、退けた。以上から、裁判所は、MS は何らの正当化事由も示さなかったといえるとした。

この判決においては、WMP と OS を一体不可分のものとして提供し、それ以外の選択肢を与えなかったこと　－　いいかえれば、非統合版を提供することなく、統合版のみを提供したこと－が違反行為とされているのであって、WMP と OS を切り離してはならないという拘束やこれを最終ユーザーに対して一体として提供しなければならないという拘束ないし強制が行なわれた行為が違法行為とされたわけではなく、一連の行為を違法と評価するに際して重要な部分も占めていないことが注目される。

（3）日本

「不公正な取引方法」一般指定１０項では、１９条（不公正な取引方法の禁止）により禁止される抱合せ行為が規定されている。これによれば、抱合せ行為が禁止される不公正な取引方法に該当するためには「不当」なものである必要がある。一般に、一般指定において「不当」という場合には、公正な競争を阻害するおそれ（独禁法２条９項）を意味するのであるが、とくに１０項における「不当」性は、自由競争を減殺するか、あるいは、顧客の商品選択の自由を抑圧するものであって競争手段として不当であると評価される行為であること解釈されている。ここで自由競争を減殺するとは、競争が活発であればできないことをする力（＝市場支配力）あるいはこれよりもやや弱い力あるいは萌芽的な力を形成・維持・強化することを意味すると考えられている。これらに加えて、本来自らの意思で行なわれるべきところ、相手方に対して取引上の地位が優越していることを利用して不当な取引条件を押し付けること、あるいはこのことにより自由かつ独立した経済主体であることを阻害して自由競争基盤を侵害することになれば、不当性が認められるとする者もある。

１０項該当性を肯定することは、上に述べた通説的理解によるかぎりは、比較的、容易であるようにみえる。ただ、１０項に該当するためには、抱き合わせられた商品が別個のものであることが必要である（別商品性)。別個の商品に当たるかどうかについては、需要の状況のみならず、抱き合わせられたことで機能的に別のものとなっているかどうかも考慮することとされている。通説によれば、商品を一体に組み合わせることで機能的に別物となっている場合には、この要件を充足しないことになる。また、抱合せて販売することが要求されているところ、相互接続性を欠くことになるために事実上の抱合せ販売が行なわれたという事実があれば、この要件が充たされたと認められるのかどうかは不明ではある。

もっとも１０項に該当しないとしても、行為により競争者の取引が妨害されれば、不公正な取引方法・一般指定１５項に該当するものとして、１９条違反されることはありうる。１５項では、自己と競争関係にある者が行なう取引を不当に妨害する行為を不公正な取引方法とするものであって、行為の態様は問わない。ここで「不当」にとは、自由な競争を減殺するか（前述)、競争手段としてそれ自体として不当であることの、いずれかを意味すると解されている。本稿で扱われたような行為は、自由な競争を減殺するものであるかどうかという観点から評価されることになるだろう。

さらに、買い手の側で、他者の商品を買うことができないような商品でないものの提供を行為者に求めたものの、その要求が受け入れられなかった場合には、不公正な取引方法・一般指定第２項（その他の取引拒絶）の規定にある内容の制限が行なわれたとの主張も理論的には可能なはずである。

これらのいずれも当たらないとしても、あるいは、これらに加えて、商品設計ないし技術的抱合せにより他者の事業活動が困難となった場合には、２条５項（私的独占）に該当する行為であり、３条前段（私的独占の禁止）に反するとされる可能性も生じる。３条前段違反が認められるための要件は、行為が効率性以外の理由により他者の事業活動が困難とするものであって、一定の取引分野における競争を実質的に制限すること、である。一定の取引分野における競争を実質的に制限するとは、市場支配力（前述）を形成・強化・維持することであると解されている。

商品設計･技術的抱合せに分類することのできる行為が公取委によりとりあげられた例として、次のものを挙げることができる。

－　公取委「レーザープリンタに装着されるトナーカートリッジへのＩＣチップの搭載とトナーカートリッジの再生利用に関する独占禁止法上の考え方」（２００４年１０月２１日公表）：　レーザープリンタに使用されるトナーカートリッジへのＩＣチップ搭載について､「レーザープリンタのメーカーがその製品の品質・性能の向上等を目的として、トナーカートリッジにＩＣチップを搭載すること自体は独占禁止法上問題となるものではない」ものの､「プリンタメーカーが､例えば､技術上の必要性等の合理的理由がないのに､あるいは､その必要性等の範囲を超えて　①　ＩＣチップに記録される情報を暗号化したり、その書換えを困難にしトナーカートリッジを再生利用できないようにすること､②　ＩＣチップにカートリッジのトナーがなくなった等のデータを記録し、再生品が装着された場合、レーザープリンタの作動を停止したり、一部の機能が働かないようにすること､③ レーザープリンタ本体によるＩＣチップの制御方法を複雑にしたり､これを頻繁に変更することにより､トナーカートリッジを再生利用できないようにすることなどにより、ユーザーが再生品を使用することを妨げる場合には、独占禁止法上問題となるおそれがある（第１９条（不公正な取引方法第１０項［抱き合わせ販売等］又は第１５項［競争者に対する取引妨害］）の規定に違反するおそれ)」という考え方を示した。なお、インクジェットプリンタに使用されるインクカートリッジにＩＣチップを搭載する場合についても、この考え方はあてはまるとのことであった。

なお、上記において､「ＩＣタグ」とは「ＩＣチップとアンテナにより構成され、物品に搭載されるものであって、その中に当該物品の識別情報その他の情報を記録し、電波を利用することによりこれらの情報の読み取り又は書き込みができるもの」､「再生品」とは「一般に、レーザープリンタのユーザーから再生利用の依頼を受けて回収された使用済みカートリッジで､分解､洗浄、消耗した部品の交換等の後､トナーが充てんされて､販売されるもの」であり､「再生業者」とは、使用済みカートリッジの回収等及び再生品の販売を行う事業者をさしている。

－　公取委２００４年１０月２１日報道発表資料「キヤノン株式会社に対する独占禁止法違反被疑事件の処理について」:　レーザープリンタ市場において有力な地位を占めるキヤノンは、これに用いられるカートリッジ（いわゆる「純正品」）の開発及び製造販売も行なっていた。カートリッジには、純正品以外に再生品も使われており、再生品の市場シェアは、モノクロレーザープリンタで約２５％、カラーレーザープリンタで約４％であり、いずれも増加傾向にあった（再生業者の団体による平成１５年の推計値)。再生品の価格は、純正品の価格の半分程度となっていることが多かった。

プリンタにカートリッジにＩＣチップが搭載されている場合であって、このＩＣチップに当該カートリッジのトナーがなくなった旨のデータ（寿命データ）が記録されていれば当該カートリッジにトナーが充てんされても、プリンタが作動しないように設計されている。そこで、再生業者は、通常、回収した使用済みカートリッジの寿命データを書き換えて初期状態に戻し、プリンタが当該カートリッジを新品であると認識する状態にして、再生品としてユーザーに販売していた。

ところが、キヤノンは、平成１４年及び１５年に発売を開始したカラーレーザープリンタに使用されるカートリッジについて、プリンタ本体の損傷防止及び純正品であるカートリッジが使用された場合の印字品質を確保する観点から、ＲＦＩＤ（Radio Frequency Identification）技術を用いたＩＣタグ（寿命データが記録されたもの）を搭載するようになった。このＩＣタグは、セキュリティが高く、再生業者が解析し、書き換えして初期状態に戻すことが困難であった。さらには、トナーが充てんされた再生品を当該プリンタに装着した場合には、プリンタが純正品ではないと認識し、当該プリンタ本体のパネルに「カートリッジフセイ」と表示されるようになっていた。実は、再生業者がＩＣチップの寿命データを書き換えず、上記のような表示が出た後であっても、ユーザーが所要の操作を行えば印刷継続できるようになっており、カートリッジを再生利用することは凡そ不可能ではなかったものの､「当該プリンタにおいて使用したカートリッジのうち直近に使用した同色のカートリッジ３本のうちいずれかの再生品をユーザが同一のプリンタに再度装着した場合」など、一定の場合には、再生品が寿命に達した純正品と認識されプリンタが作動しない場合があった。このことから、再生品の販売は、行なわれてはいても、支障が生じていた。

公取委が、キヤノンが当該ＩＣタグを利用して再生品の取引を妨害しているとの疑い（第１９条（一般指定第１５項（競争者に対する取引妨害))の規定に違反するおそれ）があるとして審査を行なった。公取委が上記のような事実を明らかにしつつある過程で、他方では、キヤノンが前記のような再生品の使用を希望するユーザーの存在を考慮し、再生品の使用に支障が生じることのないよう、次のように対応していることが明らかになった。すなわち、再生業者の団体に対して再生品が装着されたプリンタの作動条件について説明を行い、当該プリンタの取扱説明書のこれら動作に関する説明を一部修正するとともに、再生品が装着された場合に当該プリンタ本体の

パネルに表示される「カートリッジフセイ」との表示をユーザーが再生品を使用することをためらわせることのないような表現に修正すること、また一部のプリンタでは再生品が装着された場合には色調整の機能が働かない場合があったところ、この原因となっていたソフトウェアのプログラムの誤りを修正することとしたという対応である。

公取委は、これらキヤノンの対応からして、再生業者が再生品を提供することは可能になっている実態にあり、独占禁止法上の問題が解消していると認められるとして、審査を終了した。

－　公取委平成１６年度相談事例集・事例８「競争者に対する取引妨害」（A社からの相談）：
A社は、印刷機器Xを製造・販売する事業者（印刷機器の市場におけるシェア 60%）であり、この印刷機器を利用するのに必要な専用インクボトルも供給していた。専用インクボトルは独立系事業者も販売しており、A社のシェアは９０%、独立系事業者のシェアは１０%であった。このような状況下で、Aは印刷機器XにＩＣチップを搭載し、これにインクに関する情報を入力することによって調整を行うことができる新技術を開発した。この新技術は、従来よりも微妙な調整を行うことを可能とするものだった。また、A社がそれまで行っていた、調整のための読み取りが可能なようにインクボトルの形状を変えることが不要となり、インクボトルの生産・管理費用を大幅に削減することができる技術であった。ただ、この技術を印刷機器Xに導入した後には、ＩＣチップを搭載したインクボトルでなければ、使用ができなくなることが知られていた。

そこで、A社は、この技術を導入した印刷機Xの販売が、独禁法上問題とならないかどうかを公取委に対して相談した。

公取委は、「印刷機器の市場において高いシェアを有するA社が、自らの供給する印刷機器Xの性能の向上及びインクボトルの生産・管理コストを削減する目的で研究開発の成果を利用するものであるものの、同社の印刷機器X用インクボトル市場において非常に高いシェアを持つことに鑑みて、自社の印刷機器Xの性能の向上及びインクボトルの生産・管理コストの削減を達成するために合理的に必要と認められる範囲を超えて印刷機器Xの機能等を変更し、その結果、同インクボトル市場において競争関係にある独立系事業者の事業活動を困難にするおそれがある場合には、独占禁止法上の問題を生じる」との考えを示した。ただ本件については、インクボトルに搭載するＩＣチップは市販されており独立系事業者でも容易に入手可能であることと、当該ＩＣチップを付けたインクボトルを印刷機器Xで利用するために必要な情報はA社により一般に公開されており独立系事業者にも自由に利用可能となることから、合理的に必要な範囲を超えた機能変更とは認められず、また。独立系事業者の事業活動を困難にするおそれがあるとまでは認められないとし、相談された行為は直ちに独占禁止法上問題となるものではない、と回答した。

５．商品設計・技術的抱合せ規制をめぐる議論

（１）はじめに

前節では、商品設計・技術的抱合せが、どのような判断枠組・基準の下で、どのように規制されてきたかを検討した。

上に述べた米国シャーマン法１条下での当然違法型の判断基準をそのままの形で採用されるべきであることを支持する議論は、見出しがたい。この判断基準については、昨今、通常の抱合せであって、商品開発におよそ関わらないような場合であっても、批判を受けているのである。商品設計により抱合せしたのと同様の効果を作り出す場合にこの基準を適用することは、なお批判が強いことだろう。すでに見たとおり、判決例でも、当然違法原則をそのまま適用することは行なわれていない。

欧州のマイクロソフト CFI 判決は、米国シャーマン法１条の当然違法型審査基準と比較すれば、支配的地位を有することが必要とされていることと、主張されれば正当化事由を斟酌すべきであるとされている点で、より慎重なものとなっている。もっとも、客観的正当化事由の不在や競争への悪影響の認定の仕方はなお安易に過ぎるのであって、過剰規制の結果を招くものであるとする批判もある[7]。

日本における違法性基準は、通説的見解を安易にあてはめて適用するならば、過度に広範に規制を行なうこととなりそうである。なんにしても、具体的例・正式判審決例がないこともあって、商品設計にいかなる基準が適用されるものであるのかは、いまだ明らかでない。

このように、現行法には、米欧日のどれをとっても課題を残していそうである。

この結果を踏まえて、本節では、商品設計・技術的抱合せ規制にかかわる議論、あるいは、この種の行為をめぐって行なわれている議論を紹介する。

既に述べたように（２（１）参照)、これら行為は企業が単独で、自らの意思に基づいて行なう行為であって、悪影響が生じるとすれば他者の排除を通じてである。この排除効果は、既に述べたように、行為者が市場のいずれかの部分である程度の地位を占めていなければ生じない。

米国においては、企業が単独で行なう行為（単独企業の行為（single firm conduct)）に対する規制のあり方が議論されてきており、２００６年からは連邦取引委員会・司法省反トラスト局共催のヒアリング（Hearings on Section 2 of the Sherman Act Sponsored by the Federal Trade Commission and the Antitrust Division, U.S. Department of Justice）が開催されてきている。商品設計・技術的抱合せは、この一連の議論の中で取り上げられている。欧州では、「支配的地位の濫用」を規制する欧州条約８２条が、欧州委員会の主導で再検討されており（「８２条レビュー」)、欧州委員会からレポートが出されている（European Commission （２００５)）。このレポートは、「抱合せとバンドリング（Tying and bundling)」に１章を割いているのであるが、この抱合せとバンドリングには「技術的抱合せ」も含まれており、この形態によるバンドリングも視野に容れた検討がなされている。日本では、日本経済法学会で、私的独占規制、なかでも支配行為とともに私的独占行為を構成する「排除」行為規制のあり方が議論された（日本経済法学会（２０

[7] 欧州独禁法下の抱合せ規制がいかにあるべきかを、経済分析を踏まえて、批判的に論じたものとして、Evans, Padilla and Salinger（２００６)、O'Donoghue and Padilla（２００６）参照。

０７))。さらに、世界各地の競争当局をメンバーとする国際競争ネットワーク（International Competition Network）では、「一方的行為（Unilateral Conduct)」のワーキンググループが設置され、この種の行為の規制のあり方についての検討が行なわれている（２００６―)。

このように独禁法による単独・一方的な企業行為の規制のあり方をめぐって議論が世界各地で行なわれていることには、いくつかの理由がある。マイクロソフトやインテルのように世界各地で競争当局の調査・措置を受ける例が増える中で、競争当局間の法運用の統一化あるいは協調をはかるか、少なくとも相互理解を深める必要性が高まったということは、一つの背景である。日本では、３条前段（私的独占の禁止）と、多くの部分で重なり合う１９条（不公正な取引方法）との相互関係を明らかにするという積年の課題が背景となっている（稗貫（２００７))。欧州については、行為の外形から違法と判断するのではなく、経済分析を行って、その結果をもとに、真に消費者の不利益をもたらしそうな行為を非難するという方向へと独禁法に基づく規制を転換する努力が行なわれてきている。８２条レビューはこうした方向転換の一貫としての性格をもっている（European Commission Press Release IP/05/1626（19 Dec. 2005）参照)。欧州については、さらに、欧州条約をモデルとした独禁法が加盟国各国で採用され、欧州条約を加盟国各国の競争当局・裁判所が適用するケースも増えていくと見込まれていく中で、欧州委員会としては指導的立場をとって独禁法適用のあり方について指針を示す必要性があることも、背景となっている。米国競争当局・連邦取引委員会は、カルテルや合併、このほか水平的行為については、競争当局の法執行の立場はより透明で予測可能なものとなっているのに対して、単独企業行為についてはまだ混乱した状況にあることを、検討を行なうべき理由として挙げている（Majoras（２００６))。

これらと並んで、この種の検討が求められる理由であって、各国に共通して認められるのは、規制改革の進展だろう。米国・連邦取引委員会委員長は次のように述べている。「過去２０年の間に、米国は、交通、電気通信、エネルギーなど、枢要な産業について、かなりの規制緩和を実施した・・・。政府の規制機関が自由市場に道を譲り渡したからには、消費者を守る責任の多くは、競争当局と裁判所に移行することになる。政府が規制を行なったり介入を過度に行なったりすれば競争は歪曲されることになるが、私的な行為者（private actor）競争を歪めることができ、そうすることがあることも、[政府規制が競争を歪曲することが確実であることと] 同様に確かである」(Majoras（２００６))。

日本も米国と同様の状況が観察される。欧州については、欧州裁判所が独禁法に基づいて下した判断が、物・サービスの自由移動原則を定めた欧州条約の規定とならんで、規制改革の推進力として働いてきたのであり、加盟国が法律に基づいて独占や他者に対する排除行為を認めた企業に独禁法が適用された例も多い。このことから、独禁法と規制改革との関係は従来から比較的強かったといえる。もっとも、規制に服さなくなった行為が増えていることは確かである。またこれと同時に、過去に法律に基づいて独占されていた市場で競争が進展してケースバイケースで判断する必要性が高まってもいる。このことからして、規制改革の進展が独禁法のさらなる洗練を

要求しているという状況は、欧州においても米日と同じように認められる。

商品設計・技術的抱合せに対する規制のあり方は、こうした課題設定ないし問題意識の中で、議論されている。

（２）単独企業による排除行為規制：　一般原則と商品設計・技術的抱合せ

単独企業による排除行為の審査方法・基準がいくつか提示されてきている。これらは、商品設計ないし技術的抱合せ行為にも適用されうるものである。商品設計・技術的抱合せに適用した場合の結果ないし問題点を検討しながら、代表的な基準を以下で述べる[8]。

①「No Economic Sense（経済的無意味性）」テスト

一つは「経済的に見て不合理な（意味をなさない、ばかげた）（no economic sense）」テストと呼ばれるものである。この基準は、競争を排除する効果をもたない限りは、企業の利潤最大化の観点からみて合理性をもたない、利潤を生み出すというより損害をもたらすような行為があえて行なわれた場合に、通常の企業活動とは異なる人為的な排除行為であり独禁法上非難されるべき行為とみるものである[9]。行為によって競争者を排除することにより利潤を獲得できるようになるということは、経済的に見て合理的であるとする理由から定義上、排除されている。廉売の例でいえば、商品を生産販売するにあたって追加的にかかる費用を下回る価格をつけて敢えて販売するような場合には、経済的にみて不合理な、意味をなさない行為を行なったとされる。このような価格設定によってライバル企業が排除され、市場で市場力をもつようになって利潤を得ることができるようになるのであり、長期的にみれば利潤を最大化するようなものとなったとしても、この価格設定の不当性は否定されない[10]。むしろ、経済的に見て不合理かどうかのテストは、かか

---

[8] ここでは、唱えられた基準から、いわばエッセンスとなるべき部分を抽出して整理している。論者の多くは、これらエッセンスをそのまま判断枠組・基準とするのではなく、多少のバリエーションを加えている。詳細は、Antitrust Modernization Commission（２００７）、邦語では川濵（２００７）、滝川（２００７）、ならびにこれらが引用する文献を参照されたい。

[9] このテストが唱えられるようになるまでは、「短期利潤犠牲テスト（short-run profit sacrifice test）」が提唱されていた。なかでも、Ordover & Willig （１９８１）参照。このテストに対しては、一方では短期的にも目立った損失を生じさせることなく行なうことのできる排除行為（政府規制を競争者を排除するような形で濫用する行為など）が把捉されず、して、他方では技術開発のように短期的には利益を生まないものの長期的には利益を生むようになる行為が不当視されるという批判があった（批判をまとめたものとして、Melamed（２００６）を参照）。「No economic sense」テストの提唱者は、このテストは、短期利潤犠牲テストのもつ問題を克服するものであるとしている。Werden（２００６）。

[10] このテストの支持者は次のように問いを定式化している：“Whether challenged conduct would have been expected to be profitable apart from any gains that conduct may produce

る行為を行なうからには、他者を排除することにより、効率性ないし真価に基づかずして独占利潤を得ることができるという目論見があるからだろうという見方のもとで、競争に与える悪影響を識別するスクリーンとして機能すべく作られたものなのである。

商品設計・技術的抱合せについてこれを適用するとどうなるだろうか。商品設計が買い手の観点からしてよりよい商品提供を目指して行われるのであれば、このような行為は、通常は、独占的地位を得るかどうかにかかわらず利潤をもたらすことになるのであって、不当な行為ではないことになる。逆に、このようなものではない、品質向上にも費用削減にもつながらず、顧客になんらの便益ももたらさないーしたがって、収入・利益の増大にはつながらない商品設計を、敢えて行なう場合には、人為的な行為として独禁法の審査に服することになる。

このように「経済的にみて意味をなさない」テストは、不当な商品設計とそうでないものとを識別する基準としてよく機能しそうにみえる。また、考え方としても、もっともらしいようにみえる。

もっとも、品質向上が顧客に便益をもたらすものであるかどうかを、どのような根拠に基づいていかに判断するのか、できるのかという問題は残る。

市場力確立による市場支配力獲得ー利潤獲得は行為を合理的とみる根拠とはならないのであって、このような事実があれば行為が不当であったと評価されるようになるということだが、取引される財ないし市場が性質からして競争上優位に立つものに独占力を与えることになる場合（ネットワーク効果が顕著である場合、市場規模が投資額に比して小さいために独占とならざるを得ないような場合)、事業を行なう者らは、そのことも見越して事業活動を行なうことになるだろう。そして、独占利潤を得る見込みがない限り合理的でないとみられる行為にも従事することが通例となるだろう。上記の基準を適用すれば、この種の行為に不当が評価されることになりそうだが、それが妥当かということも問題となる。

当事者自身が凡そ考えもしなかったか、行為当事には現実的でなかった仮設的状況が恣意的、後知恵的に比較対照とされる可能性がある。商品設計行為を、凡そこれに従事するかしないかという二値的なものとして捉えることも可能だろう。こうすれば、殆どの場合に行為は合理的だったとみられることになるだろう。しかし、他方では、このように判断することが適切か、非難すべき行為を見逃すことになりはしないかどうかも問題となりうる。いずれにしても、商品設計にしても、技術的抱合せにしても、程度の問題をはらむのであって、分析すべき行為を把握する仕様によって異なる結果をもたらしうる。

②「同等に効率的な企業」テスト

「同等に効率的な企業」テスト（ないし基準）とは、排除される企業が、排除された企業と同等か、それ以上に、効率的に企業である場合には、行為は独禁法上、非難されるべきである　ーこれに対して、排除する企業よりも非効率な企業を排除する行為は独禁法上の問題とはならない

---

through eliminating competition”（Werden（２００６））。

とするものである。

独禁法が競争者ではなく競争を守るものであり、それによって消費者厚生を促進することを目指していることからすると、この基準はもっともらしくみえる。

もっとも、このテストに対しては、効率性をはかることが困難であること（限界費用ないし平均可変費用などの費用を目安にするにしても、費用を適切に認定することは容易ではない）、学習効果や規模の経済が働く場合に生産量の少ない者と多い者とを比較して効率性の同等性・優劣を判断することとすると生産量の少ない者に不利な判断をもたらすことになること（いいかえれば、成長すれば同等に効率的になっただろう企業を、排除されてもやむをえない企業と評価することになること）、効率性の高い者らの協調が行なわれているようなときに敢えて競争的行動をとる企業（一匹狼企業（maverick company）を想起されたい）は効率性が劣っているとしても競争を活発にし消費者を利しているのであり保護に値するものと考えられることなどを理由とした批判がある。第一の理由（すなわち、効率性を比較することの困難さ）からして、実際には使い物にならない基準であると見る者が少なくないようである[11]。

③消費者厚生比較衡量テスト

このテストは、問題の行為が消費者厚生に与える影響次第で違法性を判断するというものである。競争者が排除されたことによって生ずる不利益も考慮して、消費者厚生を都度測定し、行為が厚生に与える影響が正であれば合法とし、負の場合には違法とすることになる。商品設計行為にあてはめれば、この行為の消費者厚生への影響をはかり、それによって違法性を決定することになる。

このテストは、消費者厚生の最大化が独禁法の究極目的であることからして、もっともな基準であるようにみえる。定型をはずれた行為が行なわれたときや、典型的な独禁法違反行為ではあるものの背後の事情などが特殊であるために通常の基準をあてはめるのが不適切な場合があるところ、こうした場合にも、適切な判断が行なわれることが期待できそうである。

ただ、このテストに対しては、消費者厚生の測定は、独禁法を執行する者にとっても、当事者にとっても難しいのであって、実際には利用することができないという批判が提起されている。訴訟遅延や訴訟費用の増大をまねき、予測可能で安定したルールをもつことを不可能にするものであるという批判がある。

④類型別アプローチ

排除行為一般に利用できる一つのテストというものは存在しないのであって、経験や理論的分析

[11] European Commission（２００５）はこの考え方をベースラインとしているのであるが、この機能可能性については否定的に見るものが多く、この点を批判するコメントも提出されている。２００７年４月の聞取調査ならびにシンポジウム（場所は米国、ただし欧州・カナダで実務を行なう者からの意見も聴取した）でも、このテストについては、法律実務家らが、操作不可能性ほか、本文に挙げたことを理由として消極的批判的見解を述べていた。

に基づいて各行為類型が持ちがちな競争への影響を考慮しながら、各行為類型ごとに基準を設定していくべきであるとの立場がある。さらにこの変種として、各種の排除行為を、競争に対して悪影響を与えると見込まれる程度（あるいは、独禁法による規制が競争ないし消費者に対して負の効果をもちがちであると見込まれる程度）にしたがって順序づけ、悪影響を与えるという見込みが強い行為類型は容易に違法とされるようにし、独禁法による規制が負の効果をもちがちな行為類型については独禁法違反を認めるにあたり高いハードルを設ける（場合によっては、およそ合法とする）というアプローチを支持する者もみられる。

本稿が検討対象とする行為は、類型別にみるならば、競争に悪影響を与える可能性が低く、規制が有益な結果をもたらす見込みの大きい、違法とはすべきではない行為であるということになるだろう（Popofsky（２００６）参照）。この種の行為を当然に合法（per se legal）とすべきであるという一部にみられる意見に対しては、規制の空隙を作るものだとして慎重な姿勢を示す者が多いようである。しかしそうだとしても、このような行為が容易に規制されるべき行為ではないということについては、意見の一致があるといってよい[12]。

（３）商品設計・技術的抱合せ行為の違法性判断基準

技術的抱合せと称されうる場合も含めて、商品設計行為という類型に適用されるべき違法性判断枠組み・基準をつくるとすれば、どのようなものとなるだろうか。

既に述べたように、米欧日のこの種の行為に対する規制基準は問題をはらみそうであった。そこで試みに学説を紹介しよう。米国において独禁法に携わる者らから支持を受け、裁判所にも大きな影響を与えている Areeda, Elhauge and Hovenkamp（２００６）は、商品設計・技術的抱合せ規制について、米国法の現状を踏まえながら、次のような見解を示している。まず、技術的な関係のために両商品を一購入者から事実上買わざるを得なくなっている場合について、この種の行為がシャーマン法１条下の抱合せにみるべき場合があることは認めながらも、この種の行為を規制することは、合理の原則の下で審理するとしても、過剰抑止になることが懸念されると述べる。筆者は同時に、反トラスト法問題を審理する裁判所などは一般に商品の設計（デザイン）を監視することはできないとの見方を表明する。この種の行為が効果的にライバルを閉鎖しうることは認め、設計に技術上の理由も購入者側の便宜にならないことが確実である場合にはこの種の行為を反トラスト法上の審理対象としうるという立場への一定の理解を示しながらも、この審理、なかでも技術上の理由もなく購入者側の便宜ともならない人為的（artificiality）なものであるかどうかを判断することは難しく、なかでも高い訴訟費用と不確実性等が技術革新（イノベー

[12] ２００７年９月に米国連邦取引委員会・司法省反トラスト局のスタッフ数名に対して行なった聞取調査時にも、話者らの個人的見解として、このような見解が示されていた。なお、この聞取調査では、ヒアリングの結果をまとめるのは難しく、時間がかかることだろうという見通しも数名から示されていた。抱合せであっても、技術的抱合せの場合には客観的に正当化がされやすいだろうこと、さらには別商品性が否定されることにもなろうことが述べられている。European Commission（２００５）参照。

ション）を活発でなくする可能性をもつとともに、十分な証明が行なわれることは難しいものだろうと述べる。この見方に立って、筆者は、この種の行為を当然違法原則の下で審査されるべき抱合せないし条件付販売とみるべきでないとする。そして、技術的理由があったかどうかの審査に進むのは、次の事実が立証された場合に限るべきであるとする（注：以下の引用において、カッコ（(　)）内に記述されたことも、原文にあったものである）:「(1)　被抱合せ商品にあたると主張される補完品市場の健康（health）に真性の（genuine）脅威が生じること（これは、当然違法原則の下の審査では要求されないものである）、(2) 抱合せ商品にあたると主張された市場で相当の地位を有すること（おそらくは、当然違法の下の審査で要求されるよりも強い地位）。これらに加えては、行政的な（administrative）理由からもこのような審理を行なうのは、次の場合に限るべきである。すなわち、(3)主たる商品の仕様が、ライバルの補完品との相互運用性をなくさせるような方法で、被告によって変更された場合であって、(4) 主たる商品の仕様変更が技術的合理性（technological benefit）を欠いたものであるかどうかが真性の争点とは全くなっていない場合、である」。上記（４）において、筆者が仕様が「変更」された場合に限っており、仕様の採用とはしていないことに注意されたい。筆者によれば、技術的理由に基づくのでない人為的な（artificial）設計であることは、「最初の（initial）商品設計の段階では、これを十分に立証できるものではない。加えて、かかる仕様のすべてを検討することは、反トラスト問題を扱う裁判所に対しては過剰な負担を与え、技術革新を行なった者に対して過剰なリスクをもたらすことになる」。この理由から、筆者は、審理を行なうべき場合を、主たる商品の設計を相互互換性を失わせる形で変更するという、「懸念が最も大きいとともに、経過を追うことができる（tractable）可能性が最も大きい」場合に限定しているのである。筆者は、また「潜在的なライバルに対する閉鎖効果を示すためには、容易には変更できない仕様であって、被告の仕様変更によって相互互換性がなくなってしまった商品をもって補完品市場に参入しつつあるか、今にもしそうであるということが示されること（あるいは、このように推測されること）が必要である」との立場を示す。さらに、技術的合理性については、「主たる商品の先行版が購入可能であるにもかかわらず、購入者が変更版を購入するのであれば、この技術変更は技術的合理性をもつものであるという推定を終局的な形で行なうことができる」と述べる。

Areeda, Elhauge and Hovenkamp（２００６）はまた、過去に別個の商品として売られていたことがある商品を、一個の商品として販売しはじめる行為については、筆者は次の場合にはこの商品は一個の新商品であるとみられるべきであって、当然違法か合理の原則を問わず、反トラスト法違反に問われるべきではないとする。すなわち、「（１）過去に試みられたことがない仕方で両商品がともに利用されることになるために、バンドルされているかしないのかといったアナロジーを使うことが関連性を失うか、あるいは、（２）過去には別に販売され共に利用されていた商品であるものの、新しくバンドルされた商品であって、被告がバンドルした場合には、最終ユーザーがバンドルした場合よりも、バンドルされた商品がよりよく機能する（operate better）場合」である。筆者は、（１）について、「一市場から他の市場に向けて力を梃子として用いると

いうことがないのであって、合理の原則の下で審査するとしてもその審査を行なうべき理由を欠いている」ことが一般的であろうことと、市場のアナロジーを用いることができないことはそれ自体でこのバンドリングが革新的であることを示しているのであって、反トラスト法審理によってかかる技術革新を行なう意欲を損なうべきでないことを指摘しながら、このことから（1）の場合には一商品と認定されるべきであるとする。（2）については、筆者は、このような事情は効率性の抗弁として扱われることは可能ではあるものの、反トラスト法の問題を審理する裁判所等は商品設計について判断を下すための専門能力を欠いており、抱合せの審査を進めれば社会的に望ましいイノベーションや多様な商品設計を阻害する誤った判断を下すと考えられることから、一商品として扱い、この種の審理を行なわないことにすべきであると述べている。なお、審理が望ましくないのは、合理の原則の下で審理する場合についても同様であるとの見方を筆者らは採用している。なお、（1）も（2）も、供給者自らが組み合わせ行為を行なう場合に限定されていることに注意されたい。両製品をともに購入させた上で、組み合わせる行為を顧客が行なう場合は、（1）にも（2）にも該当しない。

おわりに

本稿では、商品設計行為ないし技術的抱合せ行為の独禁法に基づく規制のあり方を検討してきた。これらの行為は、拘束や強制、共同性などの契機をもたず、人為的とは言いがたいとともに、企業が通常の事業活動として日常的に行っている行為である。行為が競争に与える影響も両義的であり、経験的にいえば望ましい効果をもたらすことが多いだろう行為である。もっとも、反競争効果をもつことはあるのであって、独禁法の下で的確に違法な行為を把捉し規制していくことができるのであれば、そうすることが望まれる。過剰抑止にも、過小抑止にもならないような形でルールのあり方を設計できるのであれば、そうすることが望まれる。もっとも、従来までの独禁法上のルール、ないしはこの運用の状況は、十分かつ明白とは言いがたい状況にある。より適切なルールとしてどのようなものがありうるか、提唱されている判断枠組・基準を検討した。単独企業が一方的に行う排除行為をいかに規制するかという問題設定に対する論者らの回答は、示唆的ではあるが、実際に用いるのは不適切か困難であるかもしれない。この見通しを受けて、とくに技術的抱き合わせと呼ばれるようなものを念頭において作られた基準の紹介も行った。

本稿では、唯一正しい規制基準を示すまでには至らなかった。米国・欧州・日本の先例は、いずれも課題を残していそうであるということで、学説の議論を紹介した。ここで判断枠組・基準であって、どちらかといえば、この種の行為を規制することに対して慎重な姿勢をとるものであった。

ここで示したありうる評価枠組・基準に対しては、慎重・謙抑的すぎるとの批判がありえよう。議論の多くが米国の論者によるものであるところ、このような慎重な姿勢は米国の反トラスト法の執行状況（なかでも三倍賠償制度を背景とした、私訴の活発さ）を背景としたものであって、

日本法下では不適切であるとの批判もありうるだろう。しかし、本稿で取り上げた行為は、既に検討したとおり、競争に対して中立的か、競争促進効果をもつことの多い行為なのであるから、慎重な立場から提起されうる議論にも耐えうる、十分な考察を踏まえたルールとする必要はあるであろう。これらのことからすると、上に提示した諸説も斟酌するに値するものではあるものと考えられる。

検討の中では、欧州・マイクロソフト事件第一審裁判所の判決も詳しく紹介した。この判決は、この種の行為をそれ自体として違法とするのであれば、どのように事実が、いかに斟酌されうるのかを詳細に示した点で，興味深いものである。

本稿では、特に事業分野を特定することなく検討を行い、情報通信分野がもつ社会的歴史的背景などは考慮しなかった。さらに、この種の行為が持ちうる目的・効果として、規制を受けていない事業から独占利潤を獲得するためというものがあることを述べた。情報通信事業のように、部分的に規制に服している事業については、規制を受けていないレイヤーから利潤を得るべく、反競争効果がとられることもある。このことからして、この種の行為を規制することに一般には慎重な立場をとるとしても、情報通信分野については、より積極的な介入を行なうことが適当だとすることもありうるだろう。

また、本稿では、あえて独禁法に基づく規制に焦点をあわせて分析を行った。独禁法に基づく規制には、その目的ないし本来的機能からして、一定の限界があるべきだろう。しかし、この限界を超える規制を事業規制に基づいて行うべきかどうかは、また別の問題である。情報通信のように、社会経済において重要な役割を果たす商品・サービスであり、インフラであるものについては、競争や、競争により実現される価値以外の諸価値も考慮されるべきである。これらの価値と情報通信事業の特殊性を考慮した結果、独禁法で行えば不適切となるだろう規制が事業法下で行われるとしても、これは不適切なことではない。

以上

参考文献

Antitrust Modernization Commission[US], Report and Recommendations (2007).

Areeda, Phillip E., Einer Elhauge and Herbert Hovenkamp, ANTITRUST LAW X(Aspen Pub. 2006).

European Commission DG Competition, Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses (2005).

Evans, David, Jorge Padilla and Michael Salinger, “A Pragmatic Approach to Identifying and Analyzing Legitimate Tying Cases”, in I. Atanasiu and C-D. Ehlerman, EUROPEAN COMPETITION LAW ANNUAL 2003: WHAT IS AN ABUSE OF A DOMINANT POSITION?(Hart Pub. 2006).

Gilbert, Richard J. and Michael H. Riordan, Product Improvement and Technological Tying in a Winner-Take-All Market, Discussion Paper No.: 0304-11, Columbia University Department of Economics(2003).
Majoras, Deborah Platt, The Consumer Reigns: Using Section 2 to Ensure a 'Competitive Kingdom (Opening Remarks, Hearings on Section 2 of the Sherman Act Sponsored by the Federal Trade Commission and the Antitrust Division, U.S. Department of Justice) (June 20, 2006)
< http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/single_firm/docs/219108.htm>.
Melamed, A. Douglas, Exclusive Dealing Agreements and Other Exclusionary Conduct – Are There Unifying Principles?, 73 Antitrust L.J. 375 (2006).
O'Donoghue, Robert and A Jorge Padilla, THE LAW AND ECONOMICS OF ARTICLE 82 EC (Hart Pub., 2006).
Ordover, Janusz A. and Robert D. Willig, An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation, 91 Yale L.J. 9 (1981).
Popofsky, Mark S., Defining Exclusionary Conduct: Section 2, The Rule of Reasons, and the Unifying Principle Underlying Antitrust Rules, 73 Antitrust L.J. 435 (2006).
Salop, Steven C., Decision Theory and Antitrust Rules, 67 Antitrust L.J. 41 (1999).
Werden, Gregory J., Identifying Exclusionary Conduct under Section 2: The "No Economic Sense" Test, 73 Antitrust L.J. 413 (2006).
依田高典『ネットワーク・エコノミクス』（日本評論社、２００１）.
川浜昇「独禁法上の抱合せ規制について（１）（２・完)」法学論叢１２３巻１号１頁・２号１頁（１９８８）.
川濵昇「私的独占解釈論の現状と課題」日本経済法学会年報通巻５０号２０頁（２００７）.
滝川敏明「排除行為の違法判定」日本経済法学会年報通巻５０号４０頁（２００７）.
稗貫俊文「私的独占の総括的検討」日本経済法学会年報通巻５０号１頁（２００７）.

以上